

不真正不作為犯における構成要件的同価値性の要件について（１）

著者	萩野 貴史
雑誌名	名古屋学院大学論集 社会科学篇
巻	50
号	3
ページ	77-98
発行年	2014-01-31
URL	http://doi.org/10.15012/00000138

不真正不作為犯における構成要件的同価値性の要件について (1)

萩 野 貴 史

目 次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ刑法における相応性条項
 - 1. 相応性条項の立法経緯
 - (1) 1960年草案以前
 - (2) Gallasの主張
 - (3) 1960年草案・1962年草案
 - (4) 1966年代案以降
 - (5) 小括
 - 2. 学説の状況
 - (1) 態様等価説 [以上, 本号]
 - 3. 検討
- 三 わが国における構成要件的同価値性要件をめぐる議論状況
- 四 構成要件的同価値性要件の再構成——不作為による殺人罪を素材として——
- 五 おわりに

一 はじめに

いわゆる「不真正不作為犯」に関する規定を刑法典総則（刑法第13条）に有するドイツとは異なり、わが国では不真正不作為犯の成立要件に関する定めが存在しない。そのため、通説とされる保障人説の中でも、論者によって不真正不作為犯の成立要件は異なる。たとえば、保障人の地位にある者（保障人）による作為義務違反の要件が作為犯との（いわば広義の）同価値性¹⁾を担保し、（さらに因果関係、作為可能性等の要件を充足することにより）不真正不作為犯が成立するという見解（後掲図1の〔A〕モデル）が有力に主張されている。その一方で、ドイツの学説・立法の影響を受けたとされる²⁾モデル、すなわち保障人による作為義務違反の要件に加えて、構成要件的同価値性（いわば狭義の同価値性）という要件を掲げ、この両者を充たした場合に広義の同価値性が担保されると解する見解（後掲図1の〔B〕モデル）も主張されている³⁾。

-
- 1) 「広義の同価値性」、「狭義の同価値性」という文言を用いるものとして、岩間康夫「同価値性論」刑法雑誌36巻1号（1996年）107頁以下など。
 - 2) 町野朔はか『考える刑法』（弘文堂、1986年）57頁〔林幹人〕。
 - 3) ただし、このように各学説の掲げる「不真正不作為犯の成立要件」をはっきりと二分することには困難も存在する。たとえば、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）41頁は、不真正不作為犯の

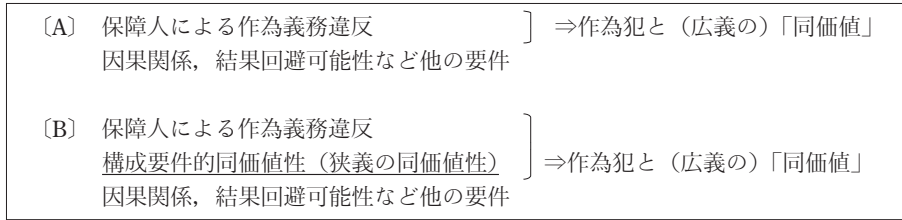


図1 不真正不作為犯の成立要件モデル

これらの見解は一見すると、[B] モデルが、要件を多くして犯罪の成立範囲を狭めているようにみえるがそうではなく、[A] モデルが考える作為義務よりも緩やかな義務（たとえば放火罪でいうと消防法上の義務）を直ちに刑法上の作為義務と解し、[A] モデルがいわゆる特殊刑法的な作為義務の発生根拠としているものを構成要件的同価値性の要件のもとに考えようとしている⁴⁾（すなわち、[A] モデルと[B] モデルの違いは、ほとんど体系上の違いにとどまり、結論に差は生じない）とも評される。結論が同じであれば、不真正不作為犯の成立要件における「引き出し」の違いにすぎず、構成要件的同価値性の要件それ自体を取り上げて検討する意義はないかにも思える。しかし、たとえ導かれる結論がほぼ同じであったとしても、それだけで検討の意義がないと結論づけるのはやや早計であろう。保障人による作為義務（法的作為義務）違反という要件を用いる点に共通性があるにもかかわらず、[B] モデルを主張する論者がさらに別の要件を付け加えたのには、法的作為義務違反という「引き出し」だけでは不十分であると解した理由があり、その理由の妥当性を検討することにはなお意義があると考えられる。

本稿の検討対象は、①この構成要件的同価値性（狭義の同価値性）という要件を、法的作為義務違反とは別に独立の要件として要求する意義があるか、②この要件を要求する意義があるとなれば、その判断をどのように行うかという点である。この点を検討するにあたっては、さしあたりドイツ刑法第13条をめぐる議論に目をやる必要があるだろう。というのも、ドイツ刑法第13条1項は、「刑法上の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の不発生を法的に保障しており、かつその不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する(entsprechen)場合に限り、可罰的である」⁵⁾（圏点は引用者による。以下では、この圏点部分を指して、「相応性条項」と呼ぶ）と規定されており、保障人による作為義務違反のほかに、作為による構成要件実現との相応性という要件が定められている。そして、この相応性条項を有するドイツの議論は、先にも触れたとおりわが国の学説にも影響を及ぼしており、構成要件的同価値性を検討するにあ

成立要件として、①作為義務の発生根拠となる要素が1つまたは複数存在すること、②作為の容易性、③作為による実行と構成要件的に同価値であることを要求するが、①～③は互いに連動しており、それぞれを他と切り離して肯定したり否定したりすることのできない性質のものである（たとえば③が否定されるケースでは、同時に①も否定される）ことに注意を喚起している。

4) 林・前掲注(2) 58頁。

5) なお、本稿における（現行）ドイツ刑法典の訳は、法務省大臣官房司法法制部司法法制課編『ドイツ刑法典』（2007年）を参考にした。

たってそこから示唆を得ることができると考えられるからである。そこで、本稿は、まずドイツの相応性条項に関する議論状況を概観し、これに続いてわが国で構成要件的同価値性という要件をめぐっていかなる議論がなされているかを確認するという構成を採る。

二 ドイツ刑法における相応性条項

1. 相応性条項の立法経緯

ドイツにおける学説の議論状況を検討するに先立って、ドイツ刑法第13条1項の相応性条項の立法経緯をみておくことが有益であろう。その理由は、相応性条項の立法までになされた議論が現在のドイツの学説に影響を与えている点にある。このドイツ刑法第13条（および相応性条項）の立法経緯については、すでにわが国でも詳細な紹介・研究がなされている⁶⁾。そこで、本稿ではこれらの研究成果を踏まえて、本稿にとって着目すべき部分を中心に確認することにする⁷⁾。

（1）1960年草案以前

ドイツにおいて不真正不作為犯に関する規定は、第2次世界大戦前の1913年委員会の案にすでにみられる。その規定を参考までに示しておく、次のとおりである。

1913年委員会草案第24条（不作為による結果の招来）⁸⁾

不作為により結果を生ぜしめたことにより罰せられるのは、結果の発生を作為により防止する法的な義務のあった者のみである。この義務は、自己の作為によって結果発生の危険を生ぜしめた者にも存在する。

この規定は、結果の発生を防止すべき法的作為義務の違反を不真正不作為犯の成立要件とする一方で、本稿での関心事である相応性条項に対応する部分はみられなかった。この後も、1919

6) 内藤謙『刑法改正と犯罪論（下）』（有斐閣、1976年）428頁以下、堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社、1978年）118頁以下、岩間康夫「不真正不作為犯の成立要件としての構成要件的同価値性について（1）（2・完）——ドイツ刑法13条をめぐる議論を素材に——」愛媛法学会雑誌18巻1号（1991年）29頁以下、18巻2号（1991年）91頁以下（以下では、岩間・同価値性（1）、岩間・同価値性（2）とする）など。

7) 本稿では、ドイツが統一される以前については、特に指摘のない限り、西ドイツのことを指すものとする。なお、東ドイツの不真正不作為犯規定について付言すると、東ドイツ新刑法の総則に規定は存在しないが、第1条1項において犯罪行為が作為によってだけでなく不作為によってもなされることを規定していた。そして、注釈書によると、不作為による刑事答責性は、行為者が一定の作為義務を負うときにのみ成立するとして、「義務の概念」についての定義規定を参照するよう求めていたものとされている。内藤謙『刑法改正と犯罪論（上）』（有斐閣、1974年）326頁以下および339頁注8、同・前掲注（6）496頁参照。

8) 訳出にあたっては、内藤・前掲注（6）428頁、堀内・前掲注（6）31頁などを参考にした。

年草案（第16条）や、1925年草案（第14条）、1927年草案（第22条）において不真正不作為犯に関する規定は、若干の差異を有しつつも設けられていた⁹⁾。だが、法的作為義務違反を成立要件とする一方で、相応性条項に対応する部分がみられない点において共通していた。

こうして1927年草案まで存在した不真正不作為犯規定は、ライヒ議会（Reichstag）の委員会における審議の過程で、「法的な義務」の内容が不明確である等の激しい批判を受け、採択の結果、当該規定は削除されるに至った¹⁰⁾。また、これを受けて、1930年草案においては、不真正不作為犯に関する規定がいったん姿を消すことになる。

だが、第2次世界大戦後になると、罪刑法定主義上の疑問を払拭するため、刑法典に不真正不作為犯の処罰に関する総則規定を設けようとする動きが現れる¹¹⁾。刑法改正のための大委員会（Große Kommission für die Strafrechtsreform: 刑法大委員会）第1読会による1956年草案の規定は、次のとおりである。ここで「復活」した不真正不作為犯規定にも、相応性条項に対応する部分はみられない。

1956年草案第13条（不作為による遂行）¹²⁾

- ①結果の回避をなさなかった者は、法規により結果防止を義務づけられ、かつ、事情上結果の不発生を保障しなければならなかった場合に限り、これを、作為により結果を招来した正犯者または共犯者と構成要件該当の側面で同等とする。
- ②結果防止義務は、自己の態度によって結果発生の高い蓋然性を招来した者、または、切迫した結果を発生させない保障を引き受けた者にもまた、存在する。

この1956年草案第13条（また、1959年草案第14条も同一文言である¹³⁾）の規定に対しては、法的作為義務と保障人的地位とが重複的に規定されているのではないかといった点に対する疑問を含め、様々な疑問が投げかけられた¹⁴⁾。本稿の関心事である相応性条項との関係で着目してお

9) 草案の各規定について、内藤・前掲注（6）428頁以下（具体的には、1913年草案・1919年草案について428頁以下、1925年草案について429頁、1927年草案について430頁）などを参照。

10) 内藤・前掲注（6）430頁以下参照。審議の内容については、草野豹一郎『刑法改正上の重要問題』（巖松堂書店、1950年）30頁以下、宮澤浩一『刑法の思考と論理』（成文堂、1975年）25頁以下も参照。

11) 堀内・前掲注（6）118頁以下、とりわけ120頁以下、岩間・前掲注（6）同価値性（1）33頁参照。

12) 原文については、齊藤金作「1956年ドイツ刑法総則草案——刑法大委員会第1読会の決議による——」早稲田大学比較法研究所紀要3号（1958年）1頁以下の巻末に掲載されているものを参照。訳出にあたっては、同書7頁以下のほか、内藤・前掲注（6）432頁、堀内・前掲注（6）127頁以下を参考にした。

13) 1959年草案第14条の原文については、Paul Nitzke, Die Bedeutung der Entsprechensklausel beim Begehen durch Unterlassen (§ 13 StGB), 1989, S. 190を参照。なお、同190頁以下に、1959年草案以降の相応性条項を有する不真正不作為犯規定が一覧として掲げられており、有益である。

14) 詳細は、内藤・前掲注（6）433頁以下。平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005年）31頁も参照。

きたいのは、その中で Welzel による次のような指摘である¹⁵⁾。すなわち、「いかなる注意をもって、立法者は、刑罰法規において保護法益とならんで侵害行為の態様をも規定しているか(欺罔する、強要する (nötigen), 奪取する (wegnehmen), 提供する (gewähren), 調達する (verschaffen), 偽造するなど)。犯罪は単なる結果の惹起ではない。作為犯を不真正不作為犯に変更する場合、所為行為 (Tathandlung) の記述におけるこうした重大な差異が、単調な結果の回避というものに均等化される。この点に、すなわち構成要件の意味をつくりかえる差し迫った危険がある点に、不真正不作為犯の構成要件に関する第1の問題がある」というのである。こうした、作為犯の構成要件における行為態様に着目した指摘を後述の Gallas も行うが、それに先立って Welzel の疑念の中に同様の指摘がすでにみられる。

(2) Gallas の主張

1956 年草案第 13 条に向けられた批判に答える形で形成され¹⁶⁾、保障人的地位の要件とならんで同価値性の要件が初めて導入されたのが 1960 年草案である (そして、同一の文言のままに 1962 年草案に承継された)。その規定を示す前に、1960 年草案を審議する過程における Gallas の主張について、以下にやや詳細に紹介しておきたい。Gallas は、1956 年草案を議論の前提として開催された刑法大委員会第 2 読会において、連邦司法省専門委員の提案などと並行する形で次のような第 14 条を提案し¹⁷⁾、これが後述の 1960 年草案 (1962 年草案) の基礎となっているからである¹⁸⁾。

15) Hans Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ 1958, S. 495, Anm. 10. なお、Welzel は、本文中に引用した理由などから、「1958 年草案第 13 条における保障人的義務の、あの一般形式を受け継ぐことに対して重大な疑念が生じる」(圏点は引用者による)としているが、1956 年草案のことかと思われる。邦語文献で該当部分の概要を紹介するものとして、内藤・前掲注 (6) 434 頁、宮澤・前掲注 (10) 94 頁注 3。

16) 内藤・前掲注 (6) 435 頁参照。

17) Gallas, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 12. Band, Zweite Lesung des Entwurfs, Allgemeiner Teil, 1959, S. 478 ff. (以下では、本書を「Niederschr.」とする。)

18) 内藤・前掲注 (6) 439 頁。なお、刑法大委員会第 2 読会に提出された提案の中で、Gallas と同様に、保障人的義務の要件のほかに「態様における作為と同様の当罰性」を求めるものとして、Jescheck の提案がある (Jescheck, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 436 f.)。具体的には下記のとおりである (圏点は訳出者による)。訳出にあたっては、堀内・前掲注 (6) 143 頁を参考にした。

Jescheck の提案した第 14 条 (不作為による遂行)

①構成要件該当結果を回避しなかった者は、自己に一身上課される義務に基づいて結果の不発生を保障しなければならず、かつ、その不作為がその生じた態様において構成要件の意味上作為と同様に当罰的である場合には、作為により結果を惹起した正犯者または共犯者と同視 (gleichachten) されねばならない。

②その刑は、第 65 条 1 項によりこれを減輕することができる。

Gallasの提案した第14条（不作為による遂行）¹⁹⁾

- ①構成要件に該当する結果の回避をなさなかった者は、結果の不発生を法的に保障しなければならず、かつ、その態度が特別の所為事情および法定の行為要素を考慮しても作為による遂行と構成要件該当上同等である（tatbestandsmäßig gleichstehen）場合に限り、これを正犯者または共犯者として罰する。

- ②自ら結果発生の危険を生ぜしめた者も結果の不発生を保障しなければならない。

このとき、Gallasは、保障人的義務（法的作為義務）違反の要件とは別に「作為による遂行との同価値性（等価性）」という要件の必要性を強調した。その理由は、次のようなものである²⁰⁾。

「保障人的義務違反という要件は、確かに純粹な結果犯の領域においては、結果の回避がその惹起と同価値であることを通常保証する。これに対して、立法者が結果惹起の方法（die Art）を詳細に区別している場合（刑法第180条における『仲介により、または機会の提供もしくは調達により』）わいせつ行為を援助する場合、刑法第263条における欺罔による財産侵害といった場合）には、構成要件に記述された積極的な態度と同じ重要さや同じ『色調（Färbung）』を結果の不防止に与えるために、保障人的義務違反にさらに何かが付加えられねばならない。」²¹⁾

以上の記述から看取し得るように、Gallasは、保障人的義務に違反した結果回避と作為犯における結果惹起とを同置したうえで、（当時のドイツ刑法第180条のように）結果惹起以外に各構成要件に特別な行為態様が定められている場合には「作為による遂行との同価値性」という要件で斟酌しようとしたといえる（この点を、以下では「Gallasの主張①」とする）。もっとも、Gallasは、「作為による遂行との同価値性」という要件を、特別な行為態様が定められている構成要件にのみ活かそうとしたのではないことが、下記の部分にみられる。

「同価値性条項（Gleichwertigkeitsklausel）は、『特別の所為事情』をも考慮することによって、特別な行為形式を有する結果犯に対してだけでなく、純粹結果犯に対しても妥当することを意図している。というのも、この領域においても、不作為による遂行の可罰性を保障人的義務違反の要件以上に限定する必要が生じている点には十分な合意が存在するからである」²²⁾。審議の過程の中で、判例が不真正不作為犯の成立範囲を広く認めすぎる傾向をもつことがしばしば指摘されていた²³⁾。Gallasの主張からは、純粹結果犯においても、保障人的義務違反に同価値性要件を追加

19) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 478.

20) 保障人的義務に関する部分も含めたGallasの主張の概要を和訳したものととして、内藤・前掲注（6）445頁注5。

21) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 479.

22) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 479.

23) そうした傾向をもつ特定の判例が示されて議論されていたわけではない。内藤・前掲注（6）452頁注2は、当時の学界において批判の対象とされることの多かった判例の典型例として、①自殺を黙認して防止しなかった場合に、不作為による殺人を認めた判例、②不作為による偽証幫助を認めた判例、③不作為による「重いわいせつ行為の周旋」を認めた判例を挙げている。さらに、上記の①～③に加えて、

する形で処罰範囲を限定することが意図されていたといえよう（この点を、以下では「Gallasの主張②」とする）。

さらに、Gallasの主張には、わが国の従来の研究において着目されてきたとはいえないが、次のような部分もある。すなわち、不作為による正犯ではなく「不作為による共犯のみを正当化するためにも（つまり、積極的作為により故意に行動する第三者が惹起する結果の回避が問題となる際に、不作為者の所為寄与は、——少なくとも通常の場合——積極的作為による幫助のみが『同等』であろう）」²⁴⁾、同価値性要件は意義を有するとしているのである。ここでは具体例や詳細な記述がないため、いかなる犯罪の正犯・共犯の区別を視野に入れてGallasが主張していたかは読み取れない²⁵⁾。だが、同価値性の要件が、正犯・共犯の区別に一役買うものであるとすれば、（確かに（正犯）構成要件の充足の有無を判断するという意味では上記Gallasの主張①②と共通性を有しつつも）別の観点として位置づけ得るのではないだろうか（この点を、以下では「Gallasの主張③」とする）。

このGallas提案を含む諸提案をめぐって行われた刑法大委員会第2読会（第116回会議〔1959年3月10日〕・第117回会議〔1959年3月11日〕）における審議と、審議中に行われた暫定的な採決を参考として、小委員会（Unterkommission）案が作成される。そして、この小委員会案をめぐる議論（第121回会議〔1959年3月17日〕）を経て²⁶⁾、刑法大委員会第2読会の決議による案が作成され、それに連邦司法省当局が修正を加えた。これが、1960年草案の不真正不作為犯規定であり、1962年草案にそのまま受け継がれたものである。

(3) 1960年草案・1962年草案

ここでは、同一文言の両草案のうち、1962年草案を訳出しておこう。

④泥酔した客が惹き起こした人身事故に関して、その客の運転を阻止しなかった飲み屋の店主に同時犯を認めた判例を挙げるものとして、平山・前掲注（14）35頁。

24) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 479.

25) ただし、Gallasは、自身の所見についてGallas, JZ 1952, S. 371を参照するよう指示している。

このGallas, JZ 1952, S. 370 ff.は、夫が首を吊って自殺を図り意識を失った状態にあるにもかかわらず、これを発見した妻が放置して死に至らせたという事案であるBGH, Urteil v. 12. 2. 1952-1 StR 59/50の評釈である。本件において、被告人である妻に対して原審で不救助罪（当時の第330条c）により有罪判決が下されたことを受けて、被告人側は無罪を、検察側は故殺罪による有罪を求めてそれぞれ上訴したが、連邦通常裁判所は原審を破棄し、差し戻している。Gallasは、評釈の中で同価値性という文言を用いてはいないが、妻の保障人的地位に肯定的な記述をしたうえで、正犯・共犯の区別を事実上の支配ないし所為支配（Sach- oder Tatherrschaft）という観点に依拠する見地に基づいて次のように述べる。すなわち、自殺者には（正犯と被害者という）二重の立場があり、自由な意思決定に基づく自殺である限り不作為関与者は共犯にすぎないが、自殺者が（生死に関する自由な意思決定をできない状態にあるなど）ただの被害者である場合には、不作為関与者は正犯であるとしている。

ここからは、Gallasが少なくともこうした犯罪類型を視野に入れていたと考えることができよう。

26) 小委員会案の訳出および、この案をめぐる議論については、内藤・前掲注（6）447頁以下を参考にした。

1962年草案第13条（不作為による遂行）

刑罰法規の構成要件に属する結果の回避をなさなかった者は、結果の不発生を法的に保障しなければならず、かつ、その態度が事情上作為による法定構成要件の実現と同価値（gleichwertig）である場合には、これを正犯者または共犯者として罰する。

この1962年草案の理由書では、同価値性条項に関して、上述したGallasの掲げる根拠とおおよそ類似した観点を看取することができるように思われる。そこで、1962年草案の理由書の大意、およびそこから看取されるGallasの主張との異同をここで示し、同価値性条項に充てられた意義を整理しておきたい。

まず、前提として、理由書では、構成要件に該当する結果の回避が誰に帰責されるかに関する根本原則および基準が見いだされる保障人の問題と、いかなる場合にそのような不作為が作為による構成要件の実現と同様に取り扱われるべきかに関する同価値性の問題とが存在し、この点を扱っているのが第13条であるという位置づけがなされている²⁷⁾。

そして、この同価値性の要件は、「特別な構成要件の不法が所為に内在する法益侵害およびこれによって惹起される結果のみならず、構成要件のうえで前提とされる所為行為の特色によっても特徴づけられるという思想に基づくもの」²⁸⁾としている。すなわち、「作為による遂行における所為行為の独自の特徴は、不作為による遂行の際には失われる」ため、「不作為による遂行の場合にいかに斟酌されるかという問題が生じる。この問題は同価値性という見地から決せられるべきである。」²⁹⁾ というのである。これは、各構成要件に特別な行為態様が定められている場合を考慮するGallasの主張①とまさに同様の視点であるということができよう（同価値性要件の意義①）³⁰⁾。

理由書は、以下のようにも述べる。やや長文にわたるが、そのまま引用しておく。

「可罰的不作為を拡張しすぎる判例の傾向は、時として不作為が作為と不法の点で同等であるかどうかの検討に関して必ずしも十分な注意を払ってこなかったことと関係がある。そのような事案は、たとえば不作為によるわいせつ行為の仲介の場合のように、しばしば介入の期待可能性を欠くことを理由として免責されている。しかし、この場合、不作為が作為と同価値でないために、すでに往々にして構成要件に該当する不法が欠如している。それゆえ、草案は不真正不作為犯の場合に、不法の評価の点でその不作為が作為による遂行と同様の重さのものであることを常に要求している。不作為が作為による法定構成要件の実現と同価値であるかどうかの問題に際して、裁判官は、法定構成要件に規定され、かつ一般的には作為によるその実現の場合に要件とさ

27) Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, 1962, S. 124. (以下では、本書を「E 1962」とする。) 法務省刑事局『1962年ドイツ刑法草案理由書（総則篇）——第1分冊——』（1966年）92頁以下も参照。

28) E 1962, S. 125.

29) E 1962, S. 125.

30) 岩間・前掲注（6）同価値性（1）39頁参照。

れている不法を引き合いに出さねばならない。この点で、規定の法文 (Fassung) が認識させるように、保障人の態度は個別事例の諸事情を斟酌して測定されることになる。この場合、問題となるのは、彼の不作為が、その社会倫理的無価値に従って法規の意味に適った解釈のもとで当該刑罰規範の不法領域に含まれるか否かである。この点で決定的なのは全体的評価である。すなわち、構成要件が、不法に影響を及ぼす一定の行為要素を要件とし、これが不作為所為によっては可視的となり得ないときは、それは、保障人のより大なる義務拘束によって、さらには不法の程度を高めるほかの事情によっても埋め合わせられるのである。」

ここで理由書は、同価値性要件による処罰範囲の限定を画策する。それも、「不真正不作為犯の場合に、不法の評価の点でその不作為が作為による遂行と同様の重さのものであることを『常に』要求している」としている点からすると、純粹結果犯の場合をも対象としていると捉えることができよう。その意味で、この部分は、**Gallasの主張②**に対応する (**同価値性要件の意義②**)。さらに、理由書においては、同価値性の判断について「期待 (不) 可能性」の観点に加えて、「不法に影響を及ぼす一定の行為要素が要件とされ、これが不作為所為によっては可視的となり得ないときは、それは、保障人のより大なる義務拘束によって、さらには不法の程度を高めるほかの事情によっても埋め合わせられる」といういわゆる「全体的評価」の基準が示されている点も注目される。

最後に、**Gallasの主張③**と同様に、理由書も正犯・共犯の関係について言及している。「不作為者は、第13条の法文から判明するように、彼がそこに挙げられた要件を充たしたときは正犯者または共犯者として可罰的となり得る。したがって、草案は、文献において主張されている学説とは異なり、不作為による幫助犯の可能性を認めている。これは、支配的な判例と一致する。不作為の正犯者であるか共犯者であるかは、一般的な区別の要素および同価値性の見地に照らして判定される。不作為者が故意に行動する第三者の積極的作為によって惹起される結果を防止しないことが問題となる場合には、不作為者の所為寄与は、原則として、もっぱら積極的作為による幫助犯と同価値とされる。単に他人の主たる所為を支援し、かつ幫助犯よりも重くない不作為に対して、より軽い幫助罪の刑 (第31条2項) を科することは、正義の要請および実務上の要求に合致する。泥棒が工場の構内から物を盗むことを可能にする夜間警備員 (Nachtwächter) は、確かに保障人ではあるが、その不作為は通常、単に窃盗の幫助の遂行と同置される。」

ここで、理由書は、不作為による関与に共犯と評価される場合があることを肯定した。そして、「一般的な区別の要素および同価値性の見地に照らして」正犯・共犯の区別を行うという視点を提示している (**同価値性要件の意義③**)。「一般的な区別の要素」を加味している点が、**Gallasの提案③**と比べて特徴を有するといえる。なお、理由書はここで窃盗罪の例を挙げているが、こうした事例のみを対象としているのであれば、同価値性要件が必要かは議論の余地が存在するところである³¹⁾。

31) たとえば、前述の刑法大委員会第2読会でも、類似の議論がみられる。*Jescheck, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 97.* Jescheckが、同価値性要件による処罰範囲の限定に関して、特別な事情によって不作為

上述のように、同価値性要件を採り入れた1962年草案の理由書からは、同要件に付与された3つの意義を看取し得る。

(4) 1966年代案以降

その後、1962年草案に対して批判的なグループにより、1966年刑法総則代案が共同提案された。その代案の文言は、次のとおりである³²⁾。

1966年代案第12条（不作為による遂行）

- ①法規上の、もしくは、任意に引き受けた法的義務に基づき、公共もしくは被害者に対し、結果の発生しないことにつき配慮しなければならないにもかかわらず、または
- ②結果の発生について切迫した危険を生ぜしめたにもかかわらず、構成要件に属する結果の回避をなさなかった者は、その態度の不法が、その所為の事情上、作為による遂行の不法に相応する（entsprechen）場合に限り、当該構成要件によって罰する。

1966年代案の特徴の1つとして、1962年草案が保障人的地位（法的作為義務）を一般的に表現していたのに対して、1966年代案は、その根拠となる事由を制限的に列挙している点が挙げられる。これらの制限的に列挙された事由として、法規・引き受け・先行行為が挙げられていることからすると、この部分は前述の1956年草案に類似しているといつてよいであろう³³⁾。その一方で、本稿の関心事である相応性条項に相当する部分については、「その態度の不法が、その所為の事情上」、「相応する（entsprechen）」と修正されている点に変化がみられる。理由書によると、この条項は、「その所為の」と付け加えることにより「不法が結果のほかに所為行為の種類によっても特徴づけられる構成要件において作為による構成要件実現との同置をもたらすために、不作為が〔作為に〕相応する特徴を有しなければならないということ」を、1962年草案よりも明確に表現する」（〔 〕内は引用者による）ものとされている³⁴⁾。また、「相応する」という現行法と同じ文言を用いているが、この点について理由書に説明はみられない。「同価値である」という文

為が幫助犯と判断され得ることをはっきりさせることが非常に重要であると主張し、警備員(Wachmann)が（その不作為により、第三者に）窃盗を行わせた例を挙げたのに対し、Eberhard Schmidtは「彼（警備員）は当該物を領得していない」と発言している（だから、幫助犯としてしか処罰されないという趣旨か）。

32) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Allgemeiner Teil, 1966, S. 48.（以下では、「Alternativ-Entwurf 1966」とする。）訳出にあたっては、法務省刑事局『1966年ドイツ刑法草案総則対案理由書』（1969年）、堀内・前掲注（6）161頁以下などを参考にした。

33) 内藤・前掲注（6）473頁以下参照。堀内・前掲注（6）162頁は、1962年草案と1966年代案の「立法理念」の相違（積極的処罰主義に基づく一般条項と、消極的処罰主義に基づく限定的な列挙）を指摘する。

34) Alternativ-Entwurf 1966, S. 48. なお、岩間・前掲注（6）同価値性（1）47頁は、1962年草案もまた行為態様をも記述する構成要件に関する作為と不作為との同置を目指していたことから、単なる表現上の相違にとどまるとみる。

言を用いることは、あまりに明白な評価概念を用いることになるのでこれを避けようとしたのだろうか、とも評されている³⁵⁾。いずれにしても、「相応する」という文言に修正したことへの言及がなされていない点からは、1962年草案の「同価値」と大きく異なる意味をもたせる趣旨ではなかったと推測される。

上記のような1962年草案や1966年代案を対象として、連邦議会刑法改正特別委員会は、審議を行い、第2次刑法改正草案を提出した。これが、ほぼそのままに新総則の不真正不作為犯規定に受け継がれ、現在に至ることになる。冒頭にも記したが、ここでもう一度現行の刑法第13条をみておこう。

第13条（不作為による遂行）

①刑法上の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の不発生を法的に保障しており、かつその不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、可罰的である。

②その刑は、第49条1項によって、これを減軽することができる。

なお、ここでは、第2項において刑の任意的減軽規定が定められており、「相応する」という文言を用いることに新たな根拠が付される。「相応する」という表現は、「同価値」という文言より中立的であり、それゆえ作為と不作為の同価値性と刑の任意的減軽規定との矛盾を回避できるというものである³⁶⁾。これは、換言すれば、「もし当該不作為が作為による構成要件実現と同価値と評価されるならば、当該不作為に対して作為の場合と同じ刑罰が科されるべきであり、任意的減軽条項は不要となる」との批判を回避し得る³⁷⁾ということであろう。

(5) 小括

ここまでドイツ刑法第13条（および相応性条項）の立法経緯を概観してきた。不真正不作為犯の規定を設ける動きの中で、保障人による作為義務（法的作為義務）違反の要件が常に要求されてきたのに対し、相応性条項に対応する部分が常に必要と解されてきたわけではない。だが、保障人による作為義務（法的作為義務）違反だけでは、不真正不作為犯の問題を解決し得ないという問題意識のもとで追加的に要求されるに至ったという流れが見て取れる。

その際の問題意識には様々なものが混在している。多少の異同はあるとしても、Gallasが刑法大委員会第2読会で主張した観点と1962年草案の理由書は、同価値性要件に大枠において同様の意義を付与しているといえる。

まず、**同価値性要件の意義**①として、各構成要件が結果惹起のほかに「特別な行為態様を定め

35) 内藤・前掲注(6) 475頁。なお、同頁では、本文に示した記述のほかに、「理由書は、それが『同価値である』と同じ意味であることを認めるような説明もしている」等の指摘もみられる。

36) Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 24.

37) 岩間・前掲注(6) 同価値性(1) 48頁以下参照。

ている場合」に、その部分の同価値性を相応性条項により判断し得るというものである。次に、**同価値性要件の意義②**として、保障人による作為義務違反が肯定される不作為（作為による結果惹起との同価値性が認められる不作為）について、相応性条項によってさらに処罰範囲を限定し得るというものである。最後に、**同価値性要件の意義③**として、不作為関与の（正犯性を否定することで）正犯・共犯の区別に資するというものである。これらを概括的にいうならば、保障人による作為義務違反をもって作為による惹起との同価値性を認めたとしても、そこに解消されない個別の構成要件該当性判断に関する問題を解決する意義が付与されていたといえる。

立法経緯の中で、こうした様々な意義が認められた相応性（同価値性）要件であるが、この要件をドイツの学説はどのように解しているのだろうか。次に、学説の議論状況を確認していくことにする。

2. 学説の状況

ここでは、ドイツにおいても「このテーマに費やされた唯一の研究書（die einzigen dem Thema gewidmeten Monographie）」³⁸⁾と評されるNitze³⁹⁾の分類を参考にしてドイツの学説における議論状況を確認していくことにする⁴⁰⁾。その際、各学説の検討に立ち入ることよりも、いかなる主張がなされているかを捉える点に重点を置きたい。なお、Nitzeは、①各論者がドイツ刑法第13条の相応性条項について述べたものではない記述を⁴¹⁾、第13条の相応性条項に対してあり得る評価として検討対象に加えていたり、②相応性の判断基準等の定点からでなく、様々な観点から学説を分類していたりすると思われるが、本稿はひとまずこれに倣うこととする。

38) Claus Roxin, Die Entsprechungsklausel beim unechten Unterlassen, Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag, 2002, S. 579, Anm. 11.; ders., Strafrecht AT, Band II, 2003, S. 786, Anm. 365. 相応性条項をテーマとした研究書がNitze以降に見当たらない状況は、今なお続いていると思われる。

39) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 26 ff.

40) ただし、学説の名称や、取り上げる論者に若干の変更を加えている。また、各学説の相応性条項に対する考え方の基本的な枠組みを捉えるため、たとえば自手犯の場合には相応性条項を用いる余地を認めないなど、各論者が個々の構成要件判断に際して設けている「例外」を割愛することがある。

41) なお、論者の中には、「相応性条項」(z. B. Holger Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 1978, S. 78 f.)や「相応性公式」(z. B. Hermann Blei, Strafrecht I . Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 330)の代わりに、「第2の同置問題」(z. B. Hans-Joachim Rudolphi, Literaturbericht, Strafrecht Allgemeiner Teil, ZStW 86 (1974), S. 70 (以下では、「ZStW」とする))、「同価値性条項」(z. B. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., S. 629 (邦語訳として、イエシェック＝ヴァイゲント〔西原春夫〔監訳〕〕『ドイツ刑法総論〔第5版〕』(成文堂, 1999年) 492頁))、「第2の同置基準」(z. B. Gunther Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (2. Teil, 2. Hälfte), JA 1980, S. 716),あるいは「第2の同価値性の検討」(z. B. Hans-Joachim Rudolphi, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 63(以下では、「Gleichstellungsproblematik」とする))といった表現を用いるものもある。本稿においても、文脈上、相応性の代わりに同価値性や同置等の文言を用いることがあるが、特段の断りのない限り、同一の意味で用いるものとする。

(1) 態様等価説

相応性条項の主唱者である Gallas は、前述したように、その条項の意義の 1 つとして次のことを挙げていた。すなわち、保障人的義務違反という要件は、結果の回避が、作為犯におけるその惹起と同価値であることを担保するものの、構成要件がより詳細に、いかなる方法で結果が惹起されねばならないかを記述する場合について何ら言明していない⁴²⁾。そのため、相応性の要件は、「結果の不防止に、構成要件に記述された積極的な態度と同じ重要さや同じ『色調 (Färbung)』を与えるため」⁴³⁾ に、すなわち行為態様の同価値性を担保するために付け加えられたものである⁴⁴⁾。

こうした考えは、「態様等価説 (Theorien der Modalitätenäquivalenz)」という見解に属する諸々の学説の基盤となっている。この説に共通するのが、作為犯の中に「通常の行為 (normale Handlung)」で足りる犯罪類型とは別に、「特別な行為態様」を要求する犯罪類型が存在することに着目する点である⁴⁵⁾。ここで「通常の行為」と考えられているのが、「殺す (Töten)」, 「毀損する (Beschädigen)」, 「燃焼させる (In-Brand-Setzen)」等の純粹結果犯における行為記述である。これらの犯罪の不法は、任意の、構成要件該当結果を惹起する人間の行為すべてにより実現され得る⁴⁶⁾。これに対して、「特別な行為態様」が要求される場合と考えられているのは、結果惹起のために「欺罔」行為を要求する詐欺罪のように、結果を惹起する一定の手段が定められている犯罪類型である。こうした犯罪の特有の不法内容は、構成要件該当結果の惹起ばかりでなく、所為遂行の態様、すなわち特別な性質をもつ行為無価値にもあるとされる⁴⁷⁾。

この説の内部の実質的な違いは、「いかなる犯罪について相応性の判断が必要か」という意味で相応性条項の適用領域が異なることと、「いかなる基準で相応性の要件を判断するか」という意味での「同じ重さや同じ色調を備えるための基準」にある⁴⁸⁾。

42) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 80.

43) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 479.

44) 作為と不作為が、特別な行為態様の観点のもとでも相応するかという問題を「態様等価」と呼ぶのに対して、あらゆる不真正不作為犯の根本要素 (Grundelement) としての不真正不作為が、いかなる要件のもとで相応する作為犯の根本要素と同価値となるかという問題 (保障人の問題) について「行為等価または作用等価 (Handlungs- oder Bewirkungsäquivalenz)」と呼ぶこともある (z. B. Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), ZStW, S. 70 f.; Jürgen Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 18; Blei, a. a. O. (Anm. 41), S. 330)。

45) 「特別な行為要素」や「一定の態様」という語を用いたり (z. B. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 41), S. 629 (イエシエック＝ヴァイгент [西原 [監訳]]・前掲注 (41) 491 頁以下); Preisendanz, a. a. O. (Anm. 41), S. 79), 「行為の特殊な無価値要素」 (z. B. Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 716), 「法定の行為態様」 (z. B. Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 82) という語を用いたりするものもある。

46) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), Gleichstellungsproblematik, S. 60.

47) Z. B. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 41), S. 629 (イエシエック＝ヴァイгент [西原 [監訳]]・前掲注 (41) 491 頁); Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), ZStW, S. 71.

48) Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 28.

a) 「行為態様」と「所為態様」を用いる見地

刑法大委員会の会議の中で、保障人的義務違反の要件のほかに、別の要件が必要である旨を主張していたGallasは、「行為態様 (Handlungsmodalitäten)」という文言以外に、「所為態様 (Tatmodalitäten)」という文言も用いている⁴⁹⁾。まず、これらは、別々の意味内容を有するものとして区別して扱われているかという点を確認しておく。

この点、Gallasが用いた「所為態様」の意味するところは、それほど明らかではない。「所為態様」の例として挙げられているものには、たとえば当時の刑法第180条に定められていたわいせつ行為仲介罪の事例（成人した息子の両親が、親の住居内での当該息子による婚姻外の性交を黙認していたという場合、こうした黙認は積極的な作為による助力と同置されないというもの）があり⁵⁰⁾、「行為態様」に関して挙げられた例⁵¹⁾に対応する⁵²⁾。

そのため、所為態様と行為態様との相違はなお不鮮明であるといわざるを得ない。だが、Gallasが「同価値性条項は、『特別の所為事情』をも考慮することによって、特別な行為形式をもつ結果犯に対してだけでなく、純粹結果犯に対しても妥当することを意図している」⁵³⁾としていたことを受けて、Nitzeは、「特別の所為事情による不作為の同置の任務とみなされていたのは、不作為による遂行の可罰性をさらに限定すること、つまりはあらゆる犯罪について（純粹結果犯についても）限定することである」と述べている⁵⁴⁾。このように、特別な所為事情の考慮によるあらゆる犯罪の可罰性の限定を「所為態様」の同価値性として捉え、「行為態様」と区別することは考えられる。しかし、Nitze自身も、「行為態様」と「所為態様」の区別を、「時代の経過の中で消えていった(sich im Laufe der Zeit verwischt haben)」と評しており⁵⁵⁾、今日では「行為態様」の代わりに「所為態様」という概念が用いられることもある⁵⁶⁾と解しておけば足りるように思われる。

49) たとえば、「行為態様」についてGallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 80, 82を、「所為態様」についてGallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 81を参照。なお,Jescheck, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 96 f. は、①保障人的地位に関する提案、②構成要件上の行為要素 (Handlungsmerkmalen des Tatbestandes) に関する提案のほかに、第3の限定要素として、③「特別な所為事情 (die besonderen Tatumstände)」に関する提案をしている。Jescheckによると、この③の限定は「特別な行為要素が存在しない純粹結果犯に当てはまる。このとき、当該不作為は、その意味に従って、作為 (positives Tun) による結果惹起と同等でなければならない。すなわち、構成要件の動詞 (Tätigkeitswort) の意味が不作為によって充足されねばならない。」

50) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 81.

51) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 80.

52) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 28.

53) Gallas, a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 479. Vgl. auch ders., a. a. O. (Anm. 17), Niederschr., S. 82.

54) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 29.

55) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 29.

56) Z. B. Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), ZStW, S. 70.

b) 全体的評価説

前述したように、1962年草案の理由書は、「作為による遂行における所為行為の独自の特徴は、不作為による遂行の際には失われる」ため、この点が「不作為による遂行の場合にいかんにかに斟酌されるかという問題が生じる。この問題は同価値性という見地から決せられるべきである。」⁵⁷⁾とする。そして、不作為がいつ作為による構成要件実現と同価値になるかという問題に関する基準として全体的評価が重要であり、その検討に際しては個別事例のあらゆる事情が考慮されることを要求している、とした⁵⁸⁾。このとき、「構成要件が、不法に影響を及ぼす一定の行為要素を要件とし、これが不作為所為によっては可視的となり得ないとき」は、「より大なる義務拘束」(義務の結びつきの強さ)や、「不法の程度を高めるほかの事情」によっても埋め合わせられるとしたことに加え、「期待可能性 (Zumutbarkeit)」も考慮し得るとしたことが特徴的である⁵⁹⁾。

判例の中には、第13条が立法される前からすでに全体的評価を行うものがあったとされる⁶⁰⁾。Henkelはさらに⁶¹⁾、判例のほかに立法までも視野に入れ、大きな枠組みの中で全体的評価と同様の考えを主張する。すなわち、「不真正不作為犯の可罰性は、一部のみ、つまり単に原則的な輪郭 (Umriss) の点についてのみ立法者により決定されるが、他の部分については裁判官により決定される。厳密に言えばさらに、このとき機能の3分割が存在する。①立法者の規定領域 (Regelungsbereich) では、総則の一般条項において方針が示されており、その中で保障人的義務の本質 (Wesensgehalt) および同価値性を検討する根本的特徴 (Grundzug) を強調する。②この規定に関して、最高裁の判例が、学説 (Wissenschaft) と関連して保障人的地位や保障人的義務を大まかに解釈し、『事例群』を浮き彫りにすることにより具体的に説明しなければならない。③最後に、事実裁判官 (Tatrichter) の任務は、個別事例の観察と、その重要な事情すべての考慮から、具体的な保障人的地位を決定し限界づけること、ならびに特別な評価手続 (Wertungsakt) に基づいて、不作為と構成要件上の作為との同価値を決することである」(①から③の番号は引用者による)。おそらくこの事実裁判官の任務の部分に着目して、Nitzeは、このHenkelの主張においても「決定的なのは、個別事例の全体的評価である」と評している⁶²⁾。

Nitzeは、Androulakisの見解もここに分類している。Androulakisは⁶³⁾、(結果回避義務や保障関係が認められる)「不真正不作為すべてが不真正不作為犯でもあるとはいえない」として、不真正不作為が「いつ」当罰性や可罰性を充たすかという問いを立てる(このとき、「作為と不作為の同置に関する問題、すなわち『同置問題』は、保障関係の存在に関する問題と混同されてはな

57) E 1962, S. 125.

58) E 1962, S. 125.

59) E 1962, S. 125 f.

60) Z. B. BGHSt 6, 46 (47), BGH NJW 1964, 732. Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 31, Anm. 36.

61) Heinrich Henkel, Das Methodenproblem bei den unechten Unterlassungsdelikten, MSchrKrim 44, 1961, S. 188 f.

62) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 31.

63) Nikolaos K. Androulakis, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 220 ff.

らない」⁶⁴⁾とする)。そして、「あの」保障人ではなく、「この」保障人の不作為が作為と同価値であり、「この」保障人が具体的には当罰的であり可罰的であるという点は、完全に答えられるものではないという。『この者 (dieser)』ないし『あの者ではなくこの者 (dieser und nicht jener)』が当罰的とみなされる根拠は、大まかな基準では現在の状態 (Gegebenheiten der Gegenwart) から看取され得る。換言すれば、この点で決定的なのは、その時々支配的な、世界観的、政治的、概して社会的な風潮 (Klima) であるように思われる。」⁶⁵⁾としている。

このように裁判官が不作為の当罰性・可罰性について、個別事例ごとにあらゆる事情に基づいて全体的評価をする点に対しては、批判も強い。たとえば、1962年草案理由書や全体的評価説に属する見解に対して、次のような指摘がみられる。すなわち、1962年草案において持ち出される「期待可能性」や「義務の結びつきの強さ」という観点は相応性判断にとって有益とはいえない。というのも、前者は責任の問題であり、後者はあらゆる不作為において問われるべきものである（そして、義務の結びつきが弱いために不可罰にするのであれば、すでに保障人的地位が否定される）からである⁶⁶⁾。また、不真正不作為の可罰性に関する最終的な決定を、確たる判断基準を提供することもなく裁判官にゆだね、個別事例のあらゆる事情の包括的な評価によるというのは、特別な保障人的地位の存在に関する問題を第2級 (zweite Grade) の問題に貶めるだけではない。裁判官の検証不可能な (nicht nachprüfbar) 裁量に判断をゆだねることは、もはや検証不可能な感情裁判 (Gefühlsrechtsprechung) に至ると同時に、法治国家における罪刑法定の原則とも調和し得ないと指摘するのである⁶⁷⁾。

c) 厳格な態様等価説

この説は、純粹結果犯の場合に相応性の検討を排除することで相応性条項の適用領域を限定する点に特徴がある⁶⁸⁾。そして、結果惹起の一定の行為態様を定める犯罪類型においてのみ個別に相応性を判断し、純粹結果犯においてはこれを行わないという、この厳格な態様等価説がまさに支配的な立場であるとされている⁶⁹⁾。

純粹結果犯について相応性を検討することに対する批判として、Rudolphiは次のように述べる。

64) Androulakis, a. a. O. (Anm. 63), S. 220.

65) Androulakis, a. a. O. (Anm. 63), S. 220. さらに同223頁で、Androulakisは、その時々支配的な社会的な風潮によって、確かな客観的評価要素（血縁関係の程度、独占的地位など）にその都度付与される重要性も左右されると指摘する。

66) Z. B. Roxin, a. a. O. (Anm. 38), Festschrift für Klaus Lüderssen, S 580.

67) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), Gleichstellungsproblematik, S. 61 ff. 全体的評価が、法的安定性を危険にさらすことを指摘するものとして、Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 41), S. 630. (イエシエック＝ヴァイゲント〔西原〔監訳〕〕・前掲注〔41〕492頁)

68) Z. B. Preisendanz, a. a. O. (Anm. 41), S. 79; Fritjof Haft, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2004, S. 190 f. さらに、Haftは同191頁において、保護的保障人と監視的保障人の事例を分けて相応性の検討を行う。

69) Thomas Weigend, Laufhütte/Saan/Tiedemann [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar Erster Band, 12. Aufl., 2006, S. 859.

保障人的地位が存在すること（これによって積極的作為による結果惹起と結果回避の不作為との同価値性を肯定すること）と、その後、これらの事例において相応する作為犯が特別な行為無価値を何も要求していないにもかかわらず、可罰性を根拠づけるために保障人的地位が存在するだけでは足りず、さらなる同価値性の検討を行うべきであるということは、おそらく矛盾している⁷⁰⁾。さらなる同価値性の検討が必要となるのは、構成要件が、特別な「構成要件上の不法結果の単なる惹起を超える所為態様」⁷¹⁾を要求しているときである。この場合には、保障人的地位を超えて、不作為が作為による構成要件実現と同価値であるか否かを確定するよう裁判官に要求することは、全くもって正当であるとするのである⁷²⁾。

Jescheck/Weigendも、「特別な行為要素を有する犯罪の場合に、結果不阻止の特有の行為不法は、結果が……構成要件によって要求されている態様で、もしくはそれと同価値の態様で実現した場合にのみ作為に相応する」のであり、「第13条1項の同価値性条項の意味するところは、この点につきる」とする⁷³⁾。一定の態様の結果惹起を要求する犯罪として、たとえば、詐欺罪(第263条)は財産侵害の態様として「欺罔」を、恐喝罪(第253条)は行為態様として「暴行もしくは耐え難い害悪をもってする脅迫」を、未成年者の性的行為を助長する罪(第180条)は行為態様として「仲介により、または機会の提供もしくは調達により」援助することを、危険な傷害罪(第223条a)は「危険な器具を用いて」等の態様を要求している⁷⁴⁾。これらの規定の場合には、当該不作為が、当該規定に要求されている態様と同価値の態様で実現されたかが検討されねばならないとするのである。

Welpもまた、構成要件が因果関係に汲みつくされている純粹結果犯の場合には態様等価の観点が必要だが、その他の場合には必要であるとする⁷⁵⁾。もっとも、Welpは、態様等価性の判断において、行為態様という観点に加えて、結果態様(Erfolgsmodalität)という観点を指摘する⁷⁶⁾。結果の継続性(Perpetuierlichkeit)に、当の「状態」の創出を超える無価値が備わっていない場合には、当該不作為は単なる不補填(Nicht-Wiedergutmachung)であって、それゆえ決して(結果)態様等価ではないというのである。たとえば、自由剥奪などの場合には、保護法益はその時の中で実現されるのであり、その侵害の継続とともに総計されていく。継続的に痛みを感じている限りでは、傷害の場合も同様に考えられる。これに対して、第169条に定める身分詐称

70) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), Gleichstellungsproblematik, S. 60. Vgl. auch Peter Cramer, Der praktische Fall, JuS 1964, S. 367, Anm. 32.

71) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), ZStW, S. 70 f.

72) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), Gleichstellungsproblematik, S. 64.

73) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 41), S. 629. (イエシェック＝ヴァイгент [西原 [監訳]]・前掲注 (41) 492 頁)

74) Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 41), S. 629. (イエシェック＝ヴァイгент [西原 [監訳]]・前掲注 (41) 491 頁)

75) Welp, a. a. O. (Anm. 44), S. 18 f.

76) Welp, a. a. O. (Anm. 44), S. 20 f. Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 32.

(Personenstands Fälſchung) の場合には、不正確な記録簿記載 (Registereintrag) によって「完成」し、したがって訂正の不作為は単なる不補填であり、態様等価が認められないというのである。

これらの見解における相応性の判断については、「実際にはもっぱら個々の特別な作為構成要件の解釈に関する問題である」⁷⁷⁾とされたり、「問題となっている構成要件における、それぞれの作為態様の通常類型との類似性 (Analogie) が問われる」⁷⁸⁾ものとされたりする。

この点、Jakobs は、相応性を決定するために、いくつかの事例群を指摘している。Jakobs も、結果の回避を保障する義務を負う者 (Einstandspflichtiger) の不作為は作為による結果惹起に相応するとしたうえで、いわゆる態度と結びついた犯罪についても、不作為が相関性 (Korrelat) を示さねばならないという⁷⁹⁾。そして、まず、態度の結びつきが、(a) 相前後して上乗せする因果経過 (aufeinander aufbauende Kausalverläufe) に解消され得る犯罪 (多行為犯) や、(b) 平行した因果経過 (parallele Kausalverläufe) に解消され得る犯罪の場合には、相応性は、「保障義務 (Einstandspflicht) の範囲の詳述にすぎない」とする⁸⁰⁾。自手犯や「定式に合致する自手犯 (formulierungsmässig eigenhängige Delikte)」は、限定的にのみ不作為によって行われ得るという。というも、これらの犯罪における正犯性は身体的関与を要件としているからである。正犯的な不作為の責任は、——続いて行われる——自身の身体的関与を妨げないという義務に違反した場合に限って、考え得ることになる⁸¹⁾。さらに、情報の伝達により行われる犯罪 (表現犯、侮辱罪、詐欺罪) の場合には、特別な問題が存在する。作為に相応する情報伝達は、行為者が、その組織化領域から外部に伝わる情報を引き留めることを怠った場合に考えられるとする⁸²⁾。

77) Rudolphi, a. a. O. (Anm. 41), Gleichstellungsproblematik, S. 60.

78) Haft, a. a. O. (Anm. 68), S. 191.

79) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 833.

80) Jakobs, a. a. O. (Anm. 79), S. 833 f. Jakobs は、同834頁において、(a) について「自分の子どもが強奪されるのを阻止しない父親は、(領得意思が欠けるため、正犯ではなく) 強盗罪の不作為による幫助 (刑法第249条, 第13条, 第27条) である。彼は、暴行や脅迫により可能となった奪取が行われないうよう保障しなければならない。」と、(b) について「死亡結果を伴い、具体的に公共を害する爆弾爆破を阻止しなかった者は、彼がたとえば花火師 (Feuerwerker) のように死亡や公共の危険を防止する保障人である限りは、公共を害する手段を用いて (刑法第211条2項後段) 殺している。」と述べる。

81) Jakobs, a. a. O. (Anm. 79), S. 834. Jakobs は、(酩酊状態での交通を規定する第316条との関連で) 船長から自動操縦装置の監視するよう指名された、酩酊した艦橋の航海士 (Der betrunzene Steuermann auf der Brücke) が、船長に対して自らの酩酊や、他の方法で遂行すべき監視の必要性を指摘しなかった事例を挙げている。また、①酩酊して自動車を運転した者が刑法第316条により正犯として責任を負うことや、②他の者が故意により酩酊して自動車を運転することを (自動車の) 保有者として妨げなかった者が幫助犯として責任を負うこと (刑法第316条, 第13条1項, 第27条, 第49条1項)、③他の者が故意なく酩酊して自動車を運転することを (自動車の) 保有者として妨げなかった者が飲酒運転により責任を負わないこと (幫助については主たる行為が欠如し、間接正犯については自らの身体的関与が欠如しているため) が挙げられている。

82) Jakobs, a. a. O. (Anm. 79), S. 834 f. Jakobs は例として、構想として考えた文書、侮辱的な文書、欺罔的な文書、または偽りの宣誓を約束すること (eine falsche eidesstattliche Versicherung) を内容とする文

だが、以上のように事例群を分類するJakobsもまた、これらの事例群が相応性の問題を完結させるものではなく、さらなる細目は各則における個々の犯罪の解釈とともに示され得るとしている⁸³⁾。

d) 相応性条項の二重の機能説

Bleiは⁸⁴⁾、2つの機能が相応性条項には割り当てられると考える。Bleiはまず、不法内容が一定の不法結果の惹起だけでなく、特定の性質をもつ行為無価値に存在する構成要件について、態様等価値を決する点に相応性条項の意義があることに異論はないとする⁸⁵⁾。この点は、上述の厳格な態様等価値説の主張者と全く同様に解していると捉えてよいであろう。

上述の相応性条項の意義を第1の機能とすると、第2の機能は保障人的地位との関係において認められる⁸⁶⁾。すなわち、前提としてBleiは、不作為がすでに保障人的地位によって作為による結果惹起と同価値であるという問題と、それにもかかわらず保障人が第13条の意味において怠っていないという意味で、相応性が修正的に作用するという問題は異なるものと解している。そして、第13条は、いつ・誰が結果の不発生を保障しなければならないのかについていかなる説明もしておらず、保障人的義務論に今なお備わっている不確実性を受け入れている状況に着目する。保障人的義務の様式から、処罰範囲を限定するために相応性条項の援用を要する危険が除去されない限り、相応性条項による修正の可能性を残すべきだとするのである（したがって、第2の機能は、おそらく不真正不作為犯として考慮される犯罪すべてについて当てはまることになる⁸⁷⁾）。

Fünfsinnもまた、まず通説が、態度と結びついた犯罪の場合にのみ相応性条項の意義を認め、純粹結果犯の場合にはこれを拒絶するという見地であることを確認したうえで、純粹結果犯の場合に保障人的地位の確定のほかに、さらなる基準（作為と不作為の同置を最終的に根拠づけ得るもの）を挙げることは困難が伴うことを認める⁸⁸⁾。基準の明確性が欠ける場合には、「法治国家の原則ともはや調和し得ない感情裁判」との批判も主張され得るのである。しかし、Fünfsinnは、こうした「相応性条項と不確実性の結びつきは避け難い」という批判は、まさに態度と結びついた犯罪における相応性の場合にも唱えられると指摘する⁸⁹⁾。それにもかかわらず、相応性条項の廃止が主張されないのであれば、「確かにこの条項は実際にきわめて不明確であるが、広告的な

書を秘書が発送することを、上司が妨げなかった場合を挙げている。

83) Jakobs, a. a. O. (Anm. 79), S. 835.

84) Blei, a. a. O. (Anm. 41), S. 330 f.

85) Blei, a. a. O. (Anm. 41), S. 330.

86) Blei, a. a. O. (Anm. 41), S. 330 f.

87) Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 33.

88) Helmut Fünfsinn, Der Aufbau des fahrlässigen Verletzungsdelikts durch Unterlassen im Strafrecht, 1985, S. 145 f.

89) Fünfsinn, a. a. O. (Anm. 88), S. 146.

方法で (in plakativer Weise), 不作為が作為と『社会的な意味内容』において相応しなければならぬということを示し、それゆえ可罰性を限定する特徴を有する」⁹⁰⁾と解するのである⁹¹⁾。この可罰性を限定する特徴は純粹結果犯の場合にも全く同様に考慮されねばならないとしている点からも、Fünfsinnの見解は、上述のBleiの見解における第2の機能と同様の観点をも肯定する見解であるということができよう。

相応性条項の二重の機能説と前述の全体評価説との大きな違いは、この見解が相応性の判断を2つの観点から2段階で行う点にあると思われるが、さらにNitzeは、責任——全体評価説によって支持されていた期待可能性——の考慮がこの見解によって明示的に排除されていることを指摘している⁹²⁾。

e) 解釈指示説

ここで取り上げる論者は、オーストリア刑法第2条を対象に試論を展開するKienapfelである。このオーストリア刑法第2条はドイツの相応性条項と類似しており⁹³⁾、Kienapfelがオーストリア刑法第2条とともにドイツ刑法第13条にも触れていることからすると⁹⁴⁾、この見解も刑法第13条に1つの解釈をもたらし得ると思われる⁹⁵⁾。

まず、Kienapfelもまた、厳格な態様等価説と同様に、同価値性を態度と結びつけた犯罪に関連づける⁹⁶⁾。もっとも、「態度と結びつけた犯罪の場合、同価値性の規定は、——少なくとも構成要件レベルでは——結局のところ、当該犯罪の細分化した目的論的な解釈の過程で、さなければ達成し得ないであろうものは何ももたらさない」としており⁹⁷⁾、この同価値性という要件に意義を見いだしていないかにみえる。それでも、同価値性の規定は、明文による解釈の指示 (Interpretationsanweisung) を含んでいるというのである。すなわち、この条項は、(いわゆる全

90) Fünfsinn, a. a. O. (Anm. 88), S. 146 f.

91) Fünfsinn, a. a. O. (Anm. 88), S. 147 ff. は、相応性条項の議論がこれまで故意不作為犯を対象に行われ、その帰結が過失不作為犯に転用され得るかが問われてきたことに對し、不作為による過失侵害犯にも有用である旨を指摘する。

92) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 34.

93) オーストリア刑法典 (ÖStGB) 第2条は、次のように規定する。なお、訳出にあたっては、法務大臣官房司法法制調査部司法法制課編『1974年オーストリア刑法典』(1975年)を参考にした。

オーストリア刑法第2条 (不作為による遂行)

法律が結果惹起に刑を科している場合には、法秩序により特に課された義務に従って結果を回避すべき事情にあり、かつ結果回避の不作為が作為による法定の所為像 (gesetzliches Tatbild) の実現と同視すべきであるにもかかわらず、この結果を回避しなかった者も可罰的である。

94) Diethelm Kienapfel, Zur Gleichwertigkeit von Tun und Unterlassen, ÖJZ 1976, Heft 8, S. 202.

95) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 34.

96) このとき、不作為によって遂行され得ない、態度と結びつけた犯罪 (とりわけ自手犯やおそらく領得罪) など、同価値性が役割を果たさない類型も挙げられている。Kienapfel, a. a. O. (Anm. 94), S. 202.

97) Kienapfel, a. a. O. (Anm. 94), S. 202.

体的評価を可能にするような)独自の構成要件要素ではなく、不作為犯の検討のいかなる場面でも現れないものの、不法要素や責任要素の検討の内部で考慮されるべき解釈を明示的に指示するものであるというのである⁹⁸⁾。ここでKienapfelが取り上げているのは、主として責任(期待可能性)に関して解釈を指示するという意義である。「期待可能性は、故意の不真正不作為犯の場合に(も)、責任の問題であって、構成要件の問題ではない。故意の不真正不作為犯の場合に、期待不可能性は、積極的作為により実現された犯罪の場合よりも広い範囲で免責する。……信頼や良心といった理由(Glaubens- und Gewissensgründe)もまた、期待不可能性の承認に至り得る」⁹⁹⁾としている。

Kienapfelの見解を要するに、これまでの議論の中で相応性のもとで判断されてきた内容は(期待可能性を始めとして)違法性や責任のレベルで解決し得るものであり、これを構成要件レベルに位置する相応性条項のところに移すのではなく、相応性条項が違法判断や責任判断の指針を示す規定であると理解するものといえようか。

f)「行為に特殊な無価値要素を有する結果犯」と「結果犯的な構成要素を有する犯罪」を区別する見解

Arztは、犯罪類型に応じて相応性条項に異なる適用領域を割り当てる。まず、Arztは、純粹結果犯のほかに、さらに2つの類似の犯罪類型を挙げる¹⁰⁰⁾。それは、「行為に特殊な無価値要素を有する結果犯(構成要件)(Erfolgsdelikte (Tatbestand) mit handlungsspezifischen Unwertelementen)」と、「結果犯的な構成要素を有する構成要件(Tatbestand mit erfolgsdeliktischen Bausteinen)」である。ただし、これらの犯罪類型のうち「行為に特殊な無価値要素を有する結果犯」は態度と結びついた犯罪に相当し¹⁰¹⁾、さらにはこの2つの犯罪類型は「重点において区別され得るにすぎず、相互に浸透しあう(durchdringen)」¹⁰²⁾関係にあるものとされる。

まず、純粹結果犯の場合には相応性条項は無意味であるという上述の厳格な態様等価説のような考え方に対して、「その強度において大きく変動する保障人的地位に鑑みて、純粹結果犯の場合にも第2の同置基準は放棄され得ない」¹⁰³⁾とする。さらに、「陰險または残酷な」手段類型の謀殺罪(第211条)を例として挙げる「行為の特殊な無価値要素を有する結果犯」の場合にも、「不作為の保障人と作為行為者との同置問題を解決するために、相応性公式は役割を割り当てられる」¹⁰⁴⁾。このとき、いつ特別な行動(たとえば残酷な殺人)と相応する不作為が存在するかは、具体的な事例においてのみ、該当する態度と結びついた作為構成要件の解釈によって確定され得

98) Kienapfel, a. a. O. (Anm. 94), S. 202 i. V. m. Anm. 57. Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 34.

99) Kienapfel, a. a. O. (Anm. 94), S. 202.

100) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 716 f.

101) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 716. Vgl. auch Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 35.

102) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 716.

103) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 717.

104) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 716.

る。結局のところ、こうした純粹結果犯や行為に特殊な無価値要素を有する犯罪において、相応性は、一般的な調整の役割が割り当てられるものとされるのである¹⁰⁵⁾。

結果犯的な構成要素を有する犯罪について、Arztは「その問題がいくらか明白である」としており、詐欺罪（第263条）を例示する。詐欺罪は、「欺罔」による侵害のみを犯罪化している点で純粹結果犯と区別される。この点では、行為に特殊な無価値要素を有する。しかし、行為に特殊な無価値要素を有する犯罪である謀殺罪（第211条）が、故殺罪（第212条）という純粹結果犯を修正したものであるのに対して、詐欺罪には基本的構成要件（Grundtatbestand）が存在しない。「詐欺罪の複雑な構成要件構造（欺罔・錯誤・財産処分・財産上の損害・利得意思）の中で個別の『結果犯の構成要素』（錯誤の惹起）についてのみ余地がある（Platz sein）一方で、財産侵害の回避という意味で包括的な結果回避義務に関する問いは投げかけられ得ない」¹⁰⁶⁾。この点に、（行為に特殊な無価値要素を有する犯罪である）謀殺罪との本質的な相違が存在する。不作為による詐欺罪の例として、Arztは、（高価な）建物の売主が、屋根の隙間を自分でぞんざいに直したことを言わなかったという事例に言及する。売主が買主に説明義務を有していたかどうかを検討する場合、錯誤の防止が重要である。この点に、詐欺罪は、保障人的地位に関するルールを準用すべき結果犯的な要素を有している。これに対して、買主に対する売主の一般的な保護義務を問うことは全くの無意味であるとするのである¹⁰⁷⁾。この結果犯的な構成要素を有する犯罪の場合には、保障人的地位に関するルールが当てはまらない部分があることから、その限りでは刑法第13条がそもそも問題ではなく、それゆえ相応性にもよりわずかな意義しか付与されないことになると評される¹⁰⁸⁾。

各犯罪において相応性がどのように確定されるかという点は、Arztの見解においても各則に残されている。すなわち、「純粹結果犯において展開された保障人理論を、態度と結びついた構成要件や結果犯の構成要素を有する構成要件に転用すること（Übertragung）は、まだ流動的である（noch im Fluß sein）」とするのである¹⁰⁹⁾。

105) Vgl. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 35.

106) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 717.

107) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 717.

108) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 35.

109) Arzt, a. a. O. (Anm. 41), S. 717.